

¿TRABAJADORES DEL SEXO?

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA SOBRE LA MATERIA¹

POR PABLO BENLLOCH SANZ.

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

1

Una versión anterior de este trabajo se publicó con el título “¿Trabajadores del sexo? En torno al carácter laboral de la actividad de alterne”, en *Aranzadi Social*, nº17.

2

Sin duda una esas variables es la económica. Los datos más recientes que se han manejado en la Comisión Especial del Senado de estudio sobre la realidad y problemática que en el ámbito jurídico, económico, político y social plantea el fenómeno de la prostitución, cifran en 300.000 las personas que se dedican a dicha actividad en España, en 1.000.000 los potenciales clientes diarios (teniendo en cuenta el número de posibles servicios prestados) y en 30 millones de euros diarios el volumen de facturación de la misma. Sólo los anuncios en prensa superarían la cifra de 2.800.000 euros anuales de ingresos para los medios de comunicación donde se insertan. Sobre las distintas opciones legislativas en el tratamiento de la jurisprudencia véase el trabajo publicado en el número 13 de esta revista bajo el título “¿Prostitución-Profesión. Una relación a debate”.



1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

En los últimos meses se han conocido, no sólo en el ámbito jurídico, puesto que los medios de comunicación se han encargado de difundirlos, diversos pronunciamientos judiciales sobre el alterne y/o la prostitución que no han dejado indiferente a nadie. Sin duda, el tema que subyace a las mismas despierta una especial sensibilidad, pues la libertad de la persona y su dignidad se presentan en términos de clara fragilidad, y pese a constituir un fenómeno con constante presencia en la historia de la humanidad, aporta en la actualidad las suficientes variables como para que merezca una consideración por parte de los poderes públicos, cualquiera que sea la opción –prohibicionismo, abolicionismo o reglamentismo– desde la que se aborde la cuestión ².

Por otra parte, en cada entorno cultural, el intercambio de sexo, de cuidados y de afectos, cuenta tanto con unos marcos regulados legalmente y aceptados socialmente, como con otros no regulados –o con una regulación diferente– pudiendo en algunos casos estar situados fuera del conjunto de actividades socialmente aceptables por los cánones de valores dominantes ³.

Al mismo tiempo, hablar de la “industria del sexo” es tanto como referirse a un conjunto de actividades, prácticas y formas enormemente variado, de perfiles cambiantes y de límites bastante difusos, con desiguales valoraciones tanto, desde el punto de vista económico, social o laboral como de reconocimiento social ⁴.

De ahí que la calificación o no como laboral de unas actividades como las que estamos analizando suponga una incursión, no exenta de problemas, en un ámbito de la realidad social de contornos ambiguos y cuyo tratamiento jurídico en nuestro país puede calificarse como de alegalidad ⁵, puesto que aunque se haya dado un paso hacia su liberalización, consecuencia de la atipicidad penal desde 1995 de la prostitución voluntaria de adultos ⁶, no se ha abordado la reglamentación del ejercicio de dicha actividad ⁷.

2. LOS SUPUESTOS DE HECHOS ENJUICIADOS POR LA JURISPRUDENCIA

Si efectuamos un recorrido por la jurisprudencia vertida sobre el tema puede llegarse a una primera conclusión que no es otra que la constante presencia de inmigrantes extranjeros en dichas actividades, lo que sin duda y como después se analizará, puede matizar en alguna medida su propia calificación jurídica.

Sentado lo anterior parece que pueden reconocerse dos grupos de supuestos que presentan notas diferentes.

Un primer grupo estaría constituido por aquellos casos en los que la característica es la presencia de mujeres en locales formalmente dedicados a la hostelería, cuya actividad consiste en la captación de clientes varones mediante su atractivo sexual, con sujeción al ámbito de organización y dirección del titular del establecimiento. Aunque en un alto porcentaje de los mismos sólo se desarrollan actividades de alterne, en otros, las trabajadoras y en el mismo local, dedican también parte de su jornada laboral al ejercicio de la prostitución con idénticas condiciones laborales.

Como variante dentro de este primer grupo, podrían traerse a colación los casos en que las trabajadoras se alojan –supuestamente en régimen de “hospedaje libre” y por tanto, aparentemente sin relación laboral formal alguna– en el hotel donde ejercen su oficio, si bien con alguna flexibilidad en cuanto a la dependencia del titular de la explotación ⁸.

Un segundo grupo se identifica por el hecho de que, el ejercicio de la profesión, en este caso claramente orientada al intercambio de servicios sexuales por dinero, se lleva a cabo en pisos o locales sin que a primera vista, sus propietarios intervengan –a salvo del cobro de una cantidad de dinero en concepto de comisión o por la utilización de las instalaciones– en las relaciones que puedan mantenerse entre “trabajadores” y clientes, por lo que se han venido considerando como actividad por cuenta propia, y por tanto ajena a la competencia de la jurisdicción laboral ⁹.

3 ASOCIACIÓN PRO DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCÍA. *De la exclusión al estigma. Mujeres inmigrantes en contextos de prostitución en el poniente almeriense. Una aproximación*, p. 13.

4 Muestra de esa variedad de actividades, incluso dentro del mercado laboral formal, es el supuesto resuelto por la STSJ Andalucía de 5 de febrero de 2002 [AS 2002, 1.274], en el que la trabajadora, a la que se le adjudicó el alias de “Tere”, venía prestando servicios para una empresa dedicada a la actividad de Telemarketing, recibiendo en su domicilio las llamadas telefónicas, que aquélla le desviaba por los correspondientes medios técnicos, para entablar conversación con los clientes de las líneas 906 que tenía contratadas la empresa.

5 Así lo calificó el Prof. Tamarit Sumalla, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Lleida, en su comparecencia ante la citada Comisión Especial del Senado el 7 de octubre de 2002 (BOCG, Diario de Sesiones, Senado, VII Legislatura, Comisiones, n.º 337, pp. 8 y ss.).

6 También fuera del ámbito penal se ha puesto de manifiesto esa atipicidad. Muestra de ello puede ser la STSJ de La Rioja de 15 de marzo de 2000 [RJCA 2000, 97], que señala literalmente lo siguiente:

“Tampoco puede subsumirse aquella actividad en la expresión “desarrollar actividades ilegales” utilizada en el mismo apartado f) del art. 26.1 de la ley 7/1985, ni aún en la hipótesis de que dicha actividad encubra el deliberado propósito del trato carnal con el cliente, mediante precio abonado por éste, pues con independencia del reproche ético-social que tal actividad merezca, es lo cierto que no puede ser tachada de ilegal, salvo que se produjera bajo circunstancias configuradoras de los tipos penales descritos como “delitos relativos a la prostitución circunstancias éstas que la sentencia recurrida no da por acreditadas”.

7 Pese a tratarse de las primeras normas que abordan la cuestión, no pueden calificarse como tales la Ordenanza Municipal del Ayuntamiento de Bilbao de junio de 1999 y la Orden del Departamento de Presidencia de la Generalitat de Cataluña de 14 de julio de 2003, por la que se aprueba la ordenanza municipal tipo sobre los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución (DOGC n.º 3.935, de 29 de julio de 2003).

8 Véase la STSJ de Navarra de 15 de octubre 2003 [AS 2004, 3.698].

9 Véase la STSJ de Galicia de 10 de junio de 2002 [JUR 2002, 240.936].



También las Asociaciones Empresariales¹⁰ que agrupan a los establecimientos donde se ejerce el alterne y la prostitución por cuenta propia, han llegado hasta nuestros Tribunales, en este caso para impugnar con éxito la denegación de su inscripción en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales¹¹.

3. LA CALIFICACIÓN TÉCNICA COMO LABORAL DE LA ACTIVIDAD DE ALTERNE

La doctrina sentada por el Tribunal Supremo es clara en orden a calificar como laboral la actividad llevada a cabo por las “alternadoras”¹² –definida gráficamente como “captación de clientes varones, mediante el atractivo sexual al objeto de que consumiesen bebidas”¹³– pues concurren en ella las notas de ajenidad –al efectuarse con conocimiento y consentimiento de la titular del establecimiento¹⁴–, por cuenta ajena¹⁵ –pues la empleadora asume el beneficio y los riesgos de la misma: falta de pago de las consumiciones o abono de los destrozos que eventualmente se puedan producir en el local), retribución, cualquiera que sea su forma¹⁶–en la generalidad de los supuestos consiste en el 50% del precio de las consumiciones¹⁷–cuya ausencia ha determinado una consideración distinta¹⁸ y, por fin, la dependencia, que no se entiende ya como una subordinación rigurosa y absoluta, sino como una inclusión en el círculo rector y disciplinario del empresario¹⁹, pues fija el horario de trabajo y el precio de las consumiciones, controla el número de clientes²⁰, proporciona el transporte hasta el establecimiento, facilita la utilización de las dependencias y taquillas para cambio de la ropa propia por otra adecuada a la actividad y, sobre todo, adopta medidas disciplinarias en caso de incumplimiento de horario o de desempeño de la actividad de forma que no se consiga el objetivo de provocar que los clientes efectúen el mayor número de consumiciones.

Ha de advertirse, sin embargo, que la misma no se desvirtuaría por el hecho de que las “alternadoras” pudiesen “gozar de amplia libertad para realizar

sus funciones de captación de clientela, pues la mayor o menor flexibilidad en el ejercicio de las facultades de dirección del empleador depende de la propia naturaleza de las tareas encomendadas al trabajador y, en el caso de las referidas al alterne, al requerir gran iniciativa personal y libertad de actuación, es lógico que el control de la empresa sea menos exigente que en otro tipo de actividades y las instrucciones impartidas sean más generales”²¹. Y es que, como bien se sabe, entendida como inclusión en el círculo rector y disciplinario del empresario, ha de apreciarse en atención a ciertos indicios que aunque en ocasiones puedan aparecer más débiles o difusos, permiten reconocer esa incorporación al ámbito de organización del empresario²².

4. LA ARTIFICIAL SEPARACIÓN ENTRE ALTERNE Y PROSTITUCIÓN

Sin duda, un punto de inflexión en el panorama jurisprudencial, lo constituye la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de septiembre de 2003²³, que distingue por primera vez con claridad la actividad de alterne de la de prostitución, en un supuesto en que su ejercicio se efectuaba, en un único local, por las mismas personas, bajo la dependencia de una única empleadora y en idénticas condiciones de trabajo.

El Tribunal, partiendo de aquella diferencia, enjuicia por separado ambas situaciones descartando que la prostitución pueda ser objeto del contrato de trabajo, por lo que se declara incompetente para su conocimiento, y entra por el contrario a resolver sobre los que se referían al alterne, que califica como actividad sujeta al ordenamiento jurídico laboral.

La referencia por separado al alterne y a la prostitución parece que ha tomado carta de naturaleza, puesto que la propia Sentencia de 20 de diciembre de 2003 de la Audiencia Nacional citada y la del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 4 de diciembre de 2003²⁴, se han hecho eco de la misma.

10

Junto a la Asociación Mesalina que es la que interpuso el recurso ante la Audiencia Nacional, desde el 16 de mayo del 2001 se encuentra formalmente constituida la Asociación Nacional de Empresarios de Locales de Alterne (ANEIA).

11

SAN de 20 de diciembre de 2003 [AS 2003, 3.692].

12

Denominación que utiliza por ejemplo la STSJ de Andalucía, Málaga de 14 de julio de 2000 [AS 2000, 5.724].

13

STS de 14 de mayo de 1985 [RJ 1985, 2.712].

14

STSJ de Andalucía, Málaga de 14 de julio de 2000 [AS 2000, 5.724].

15

STSJ País Vasco de 13 de noviembre de 2001 [AS 2002, 1.237], que cita en relación igualmente con el requisito de la ajeneidad las SSTS de 3 de marzo de 1981 [RJ 1981, 1.301], 25 de febrero de 1984 [RJ 1984, 923], 21 de octubre de 1987 [RJ 1987, 7.172] y 4 de febrero de 1988 [RJ 1988, 571].

16

STS 25 de febrero de 1984 [RJ 1984, 923].

17

STS 21 de octubre de 1987 [RJ 1987, 7.172].

18

Véanse las SSTSJ del País Vasco de 21 de julio y 24 de noviembre de 1988.

19

STS de 25 de febrero de 1984 [RJ 1984, 923] y 21 octubre de 1987 [RJ 1987, 7.172].

20

STSJ del País Vasco de 7 de abril de 1988 [AS 1998, 2.024].

21

Véase la citada STSJ del País Vasco de 7 de abril de 1988 [AS 1998, 2.024].

22

Véanse al respecto, y entre otras, las SSTS de 16 de febrero de 1990 [RJ 1990, 1.099], 21 de mayo de 1990 [RJ 1990, 4.933] y 6 de mayo de 1992 [RJ 1992, 3.677].

23

AS 2003, 3.211.

24

AS 2003, 3.638.

25

Según el Diccionario de la Real Academia Española se define la fisiología como la ciencia que tiene por objeto el estudio de las funciones de los seres orgánicos.

26

AS 2002, 260.

27

STSJ de Cataluña de 2 de enero 1997 [AS 1997, 340].

28

JUR 2002, 240.936.



Pese a ello, ¿existen realmente elementos que permitan establecer una clara línea divisoria entre las dos actividades?

De entrada, hay que señalar que en muchos casos el “límite fisiológico”²⁵ al que se refiere la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de diciembre de 2003, como criterio de separación entre las mismas se revela impreciso –no parece que pueda reducirse la prostitución a la simple manifestación “fisiológica” ni puede desconocerse que en el alterne existe también un componente “fisiológico”– y de difícil determinación. Y es que, no debe olvidarse que en el alterne la utilización del “atractivo sexual” de las alternadoras se erige como el principal instrumento para la captación de clientes, lo que no se aleja mucho de la frontera que fija el propio Tribunal.

Por otra parte, en las situaciones en que quede acreditado –caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de diciembre de 2003 citada– que en el propio establecimiento donde se ejerce la actividad laboral de alterne, las trabajadoras realizan también servicios de prostitución y en las mismas condiciones de ajeneidad, dependencia y remuneración, entendemos que la separación es forzada y artificial.

Hechas las consideraciones anteriores, cuál es entonces la razón que lleva a la jurisdicción social a declararse sólo competente para enjuiciar la actividad de alterne. La respuesta a esa cuestión puede encontrarse en el hecho de que cuando el objeto de la relación laboral es la prestación de servicios sexuales, la causa del contrato es ilícita y, en consecuencia, deviene nulo de pleno derecho. Como señala la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo de 9 de enero de 2002²⁶, “ningún tercero puede organizar ni dirigir la actividad sexual de ninguna mujer, porque atenta a los derechos fundamentales y a la dignidad humana. El comercio sexual no puede ser objeto de lícito contrato de trabajo, la capacidad de decidir y la li-

bertad sexual está por encima de la pretendida dirección y organización empresarial”.

Sin embargo, los tribunales no siempre han dado una respuesta unívoca a las consecuencias que se derivan de la ilicitud de la causa de contrato cuando concurre prestación de servicios sexuales. Así, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña²⁷, en el supuesto de una empleada que, como encargada del turno de día, se limitaba a realizar funciones de recepción de los clientes, cobro de los servicios prestados por las personas que ejercían la prostitución en el mismo local y atención a las llamadas telefónicas para concertar las citas, resuelve señalando que “no hay duda, pues, que pese a las notas de ajeneidad, dependencia, y retribución predicables del vínculo que unió a las litigantes [...] estamos, en realidad, en presencia de un contrato con causa ilícita y por ende, nulo de pleno derecho”.

De tan rotunda afirmación se deduce que el ejercicio de la prostitución en un determinado local vicia de nulidad cualquier relación laboral que en el mismo se lleve a cabo, con independencia de que las funciones desarrolladas, incluyan o no la prestación de servicios sexuales. Ello contradice la anterior doctrina judicial que al distinguir entre alterne y prostitución permite calificar como laboral aquellas actividades donde no se presten servicios sexuales –recepción, limpieza, mantenimiento, y también, alterne–.

Mayor confusión introduce la Sentencia del Tribunal Superior de Galicia de 10 de junio de 2002²⁸ que al resolver una controversia en la que resulta probado que los demandados poseían un piso, dedicado a lo que ordinariamente se conoce con el nombre de “casa de citas”, y donde se ejercía la prostitución, se declara incompetente al faltar las notas de ajeneidad, retribución y dependencia, ya que quedó acreditado que “los servicios sexuales prestados por la actora se producían, cuando quería, acudiendo al piso regentado por la

demandada y su esposo, cuando lo estimaba pertinente, y sin percibir remuneración o salario mensual, sino cobrando al cliente directamente o por medio del titular del piso, quien retenía una parte por comisión y gastos”, para concluir afirmando que “la circunstancia de que la demandante acudiese al piso a ejercer la prostitución, gozando de la más completa autonomía, es también suficiente para *desvirtuar el carácter no laboral de los servicios sexuales prestados a terceros mediante precio*, en el piso perteneciente a los demandados, por lo que *con independencia de que la relación existente entre las partes litigantes tuviese una causa lícita o ilícita*, es lo cierto que al no existir relación laboral procede declarar la incompetencia de este orden jurisdiccional”.

Una lectura atenta de tales consideraciones podría llevarnos a concluir que pueden existir servicios sexuales prestados a terceros mediante precio que tengan carácter laboral, siempre y cuando concurren las notas de ajeneidad, retribución y dependencia, y ello con independencia de la valoración sobre la licitud de su causa.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Nacional tanta veces citada, proporciona una respuesta diferente a la cuestión planteada, pero no por ello más clara, al señalar que “la frontera no la fija el carácter altruista o remuneratorio del intercambio sexual, sino la libertad con que el mismo se presta.

La relación pues *no es antijurídica por razones causales* (el chalaneo prestacional) *o por el objeto de intercambio* sino sólo en *atención al consentimiento con que se presta el favor sexual* sea por que la capacidad del arrendador está limitada –menores o incapaces– sea porque su voluntad está viciada, en el supuesto de los capaces”.

Al hilo de dicha afirmación no parece muy arriesgado deducir que el consentimiento libremente prestado por la trabajadora que presta servicios de prostitución convertiría en lícita la causa del contrato.



5. LA REALIDAD SOCIAL SUBYACENTE

Anteriormente señalábamos, que en la actualidad existe una evidente vinculación entre la prostitución y el fenómeno migratorio²⁹ de la que se derivan cuestiones de indudable trascendencia, entre las cuales, y por su importancia, cabe destacar la del tráfico de mujeres y menores³⁰. Esa conexión entre ambos fenómenos ha provocado un gran número de pronunciamientos judiciales.

Así y como resulta conocido, el artículo 26.1 f) de la derogada Ley Orgánica 7/1985 de derechos y libertades de los extranjeros consignaba como una de las causas de expulsión la permanencia en España careciendo de medios lícitos de vida. Pues bien, nuestros tribunales han venido considerado de forma casi unánime que la actividad de alterne puede considerarse como medio lícito de vida, evitando con ello que se produjese la aplicación de aquella medida³¹.

De la misma forma, y en relación con el delito tipificado en el artículo 312, 2 del Código Penal –delitos contra los derechos de los trabajadores–, en diversas resoluciones judiciales se ha estimado que la situación de irregularidad de los inmigrantes y la actividad de alterne entendida como relación laboral, son subsumibles en dicho tipo penal, puesto que en definitiva la contratación, a tal efecto, de inmigrantes que carecen de permiso de trabajo perjudica, suprime o restringe derechos reconocidos por disposiciones normativas, en este caso las de carácter laboral³².

Por último, la adquisición de la nacionalidad por residencia y el requisito de la “buena conducta cívica” exigido legalmente ha determinado que se examine en sede judicial la incidencia que una actividad como el alterne puede tener en el mismo³³.

Si se analiza con detalle la doctrina judicial a la que se ha hecho referencia, se extrae la consecuencia de que, la realidad social de la prostitución ha dejado traslucir en el proceder de nuestros tribunales una utilización, en algunos casos con claros desenfoces, del componente tuitivo del ordenamiento jurí-

dico-laboral hacia la parte más débil, en este caso las personas que la llevan a cabo. Ello ha mediatizado su valoración o calificación, lo que justifica en buena parte la existencia de un panorama tan confuso en esa materia.

Como ejemplo significativo de ello, puede ser la citada Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo de 9 de enero de 2002, que después de declarar que resulta imposible que el comercio sexual pueda constituirse en objeto lícito del contrato de trabajo, se pronuncia en los siguientes términos “pero aún no cerrando los ojos a la evidencia o incluso la necesidad de tener que legitimar esa actividad, *nunca lo sería por cuenta ajena por que también sería cerrar los ojos al hecho de que, considerar esas relaciones como contrato de trabajo, sería tanto como dejar vía libre y constituirse en cauce legal para la trata de mujeres o las redes ilegales de inmigración, que integradas por traficantes dirigen a las mujeres a la industria del sexo y a los mercados de mano de obra barata, ya que su control escaparía a toda posibilidad de legalidad al estar amparados por la posible licitud*”. Ante tal afirmación surgen de inmediato dos interrogantes de difícil respuesta ¿resulta lícito el ejercicio de la prostitución por cuenta propia?, ¿se constituye el contrato de trabajo en el único cauce para la trata de mujeres?

En el mismo sentido, y también como claro exponente de ese proceder judicial, puede traerse a colación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 30 de diciembre de 1999³⁴, en este caso en la jurisdicción penal y con relación al delito contra los derechos de los trabajadores. El Tribunal, frente a la afirmación de los recurrentes de que no existía relación laboral, señala que “vista la jurisprudencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo y como acertadamente señala la Magistrada “a quo” conviene indicar que el hecho de concertar entre las partes una actividad consistente en prestar servicios consistentes en permanecer un determinado período de tiempo en el local, sometida pues a horario para la captación de clientes, al objeto de consumir bebidas y *de si consiente la “camarera”, mantener relaciones sexuales, evidencia una ac-*

29

En nuestro país y en algunos ámbitos o modalidades de prostitución se calcula que el porcentaje de inmigrantes oscila entre un 70% y 80% del total de las personas que se dedican a dicha actividad.

30

Recuérdese que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico el Convenio de la ONU para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 2 de diciembre de 1949.

31

Pueden verse entre otras las SSTS de 14 de mayo 1985 [RJ 1985, 2.712], 21 de octubre de 1987 [RJ 1987, 7.172], 4 de febrero de 1988 [RJ 1988, 571], 21 de julio de 1995 [RJ 1995, 5.948]. También, aunque con menos frecuencia, la actividad de alterne ha sido tenida en cuenta, en relación con el requisito de “buena conducta cívica” referido a la adquisición de la nacionalidad. Puede verse al respecto la STS de 12 de noviembre de 2002 [RJ 2003, 955].

32

Confrontar entre otras la SAP de Granada de 20 de marzo de 2003 [JUR 2003, 181493] y la SAP de Baleares de 30 de diciembre de 1999 [ARP 199, 5.579].

33

Véase por todas la STS de 12 de noviembre de 2002 [RJ 2003, 95] y especialmente su voto particular.

34

ARP 1999, 5.579.

35

Puede verse al respecto, CHARRO BAENA P., y BENLLOCH SANZ P. “Los derechos de los trabajadores extranjeros contratados irregularmente: una modificación “con freno y marcha atrás” en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 5, 2004.

36

TJCE 1991, 125.

37

TJCE 2001, 314.

38

Véanse al respecto las SSTS de 21 de julio de 1995 [RJ 1995, 5.948], y 27 de febrero de 1997 [RJ 1997, 1.543].

39

CRUZ VILLALÓN J., “Propuestas para una regulación del trabajo autónomo”, Documento de Trabajo 17/2003, Fundación Alternativas, p. 8.

40

CRUZ VILLALÓN J., “Propuestas...”, *cit.*, p. 10.

41

BONILLA, A.: “Actividad de alterne y carácter laboral de la relación (Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 4 de diciembre de 2003)” en *Aequalitas*, nº 14.



tividad en la que concurren las notas tipificadoras de toda relación laboral, cuales son la prestación de servicios por cuenta ajena, habitualidad en los mismos, dependencia, retribución y jornada determinadas”.

Por último, una muestra más de ese desenfoque, lo constituye a nuestro juicio, la conclusión a la que llega el voto particular que se formula a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía Sevilla de 4 de diciembre de 2003, al proponer el mismo tratamiento que la legislación de extranjería prevé para regular las consecuencias del contrato de trabajo suscrito sin el correspondiente permiso de trabajo. Con independencia de las dificultades de interpretación que el citado artículo ha suscitado en la doctrina y la jurisprudencia, en sus diferentes redacciones desde la Ley Orgánica 4/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración Social³⁵, lo cierto es que el recurso al artículo 37.3 de la misma no puede tener mayor virtualidad que la de su aplicación al caso concreto que se enjuicia, por lo que no pueden extrapolarse sus efectos más allá de dicho ámbito. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el citado precepto no determina la calificación como laboral del contrato suscrito sin autorización, sino que se limita a regular las consecuencias de una relación laboral de fácto, en la que sólo derivativamente se puede considerar al inmigrante como trabajador desde el punto de vista técnico.

6. ACTIVIDAD POR CUENTA PROPIA Y ACTIVIDAD POR CUENTA AJENA: UNA ALTERNATIVA TODAVÍA POR PRECISAR

Desde las Sentencias del TJCE de 5 de febrero de 1991³⁶ y 20 de noviembre de 2001³⁷, parte de la doctrina y de la jurisprudencia vienen considerando al trabajo por cuenta propia como el ámbito más propicio para abordar una futura regulación del ejercicio del alterne y de la prostitución. Pues bien, pese

a la claridad de la jurisprudencia comunitaria y reconociendo que hoy por hoy el recurso al trabajo autónomo sería el que menos problemas plantearía en caso de que se acometiese la tarea de regular ambas actividades, lo cierto es que también en este tema se aprecian algunas dificultades.

Así y por un lado, la doctrina judicial española ha hecho una utilización de la citada jurisprudencia comunitaria que puede inducir a confusión al pretender justificar la licitud de la prostitución ejercida por cuenta ajena, utilizando para ello como argumento la interpretación comunitaria de la llevada a cabo por cuenta propia³⁸.

Por otro, no hay que olvidar que la situación de frontera radical entre trabajadores autónomos y asalariados no es tan clara en la actualidad y ha conducido a resultados dispares, por cuanto que en el ámbito del trabajo por cuenta propia se aprecian situaciones muy diversas en el mercado de trabajo. Como se ha señalado³⁹, en unos casos su situación se asemeja a la de un pequeño empresario, en otros, su situación es de fuerte dependencia económica de una empresa de medianas o grandes dimensiones, con notable proximidad, en cuanto a la capacidad contractual, a la que es propia de un trabajador por cuenta ajena. Especial relevancia tiene en el tema que nos ocupa, el denominado trabajo parasubordinado que “desde el punto de vista jurídico no se integra dentro del ámbito de aplicación de la legislación laboral, pero que desde un punto de vista sociológico se encuentra en situaciones notablemente próximas a lo que constituye tradicionalmente el trabajo asalariado”⁴⁰. Ello determinará, y máxime en unas actividades como las del alterne o la prostitución, la necesidad de que sea muy preciso en su delimitación, caso de que las mismas se lleguen a considerar como actividades por cuenta propia, evitando con ello el peligro de que la práctica empresarial consiga eludir mediante ficciones contractuales, una regulación que pretende tutelar a quien se encuentra en una posición de clara debilidad en el mercado de trabajo.

7. A MODO DE CONCLUSIÓN

En las páginas anteriores se ha pretendido exponer el panorama jurisprudencial que actualmente existe sobre las actividades de alterne y prostitución. En el estadio en que la misma se encuentra hay suficientes elementos como para apreciar ciertas vacilaciones, en muchos casos provocadas por el fenómeno de la inmigración que ha forzado la búsqueda de soluciones más de justicia material que formal. Pese a ello, creemos que sí pueden presentarse en este momento algunas conclusiones:

A

Parece claro que la prostitución impide considerar a quien voluntariamente la ejerce como trabajador por cuenta ajena.

B

La actividad de alterne puede ser llevada a cabo tanto por cuenta propia como en el ámbito del contrato de trabajo, siempre que concurren en este segundo caso las notas que legalmente permiten su sometimiento al ordenamiento laboral. Ello no impide que se deje constancia de las dificultades que se encontrarán en articular la misma tanto respecto de los poderes del empresario como de los derechos y deberes del trabajador.

C

Por otra parte, no debe de olvidarse que la línea que separa el alterne de la prostitución será en muchos casos difícil de establecer, con lo que la cobertura laboral de la primera se extenderá indirectamente a la segunda⁴¹.

D

Pese a que aparentemente el ámbito del trabajo por cuenta propia resulta menos problemático, y por ende se admite sin reparos, debe tenerse presente que, vista la realidad social subyacente, en muchos casos estaremos en presencia de falsos autónomos, o dependientes económicamente de una organización empresarial, lo que nos lleva a situarnos al inicio del debate.